
Les fichiers d'empreintes génétiques : les systèmes français et espagnol à l'égard de la Convention européenne des Droits de l'Homme

Francisco Ramírez Peinado



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revdh/965>

DOI: 10.4000/revdh.965

ISSN: 2264-119X

Publisher

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Electronic reference

Francisco Ramírez Peinado, « Les fichiers d'empreintes génétiques : les systèmes français et espagnol à l'égard de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *La Revue des droits de l'homme* [Online], 6 | 2014, Online since 02 December 2014, connection on 09 July 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/965> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.965>

This text was automatically generated on 9 July 2020.

Tous droits réservés

Les fichiers d'empreintes génétiques : les systèmes français et espagnol à l'égard de la Convention européenne des Droits de l'Homme

Francisco Ramírez Peinado

Introduction

1. L'identification par l'ADN et l'efficacité des fichiers d'empreintes génétiques dans la recherche criminelle

- 1 Parmi les traces¹ qu'il est possible de rassembler dans le lieu de commission d'un crime ou d'un délit, sur la victime ou sur le coupable présumé (dans ces derniers cas, soit sur leurs corps, soit sur les vêtements ou objets qu'ils portent)², on distingue les traces biologiques humaines : tissus (peau, cheveux, ongles), liquides (sang, salive, sperme, etc.). Ces traces, à l'instar d'autres de nature différente, une fois analysées, peuvent fournir plusieurs indices précieux pour la recherche criminelle, et même constituer finalement une véritable preuve judiciaire. Au-delà de l'identification des suspects éventuels, que nous aborderons tout de suite, la simple analyse des traces biologiques peut fournir des éléments pertinents non seulement pour l'enquête, mais aussi pour d'autres éléments purement procéduraux³.
- 2 L'analyse de l'ADN à des fins d'identification dans l'enquête criminelle est relativement nouveau, à peine plus de vingt ans d'utilisation régulière légale en Espagne⁴, et un peu moins en France⁵. Malgré ce court délai, la méthode est devenue une des stratégies principales pour la recherche policière et judiciaire des auteurs des crimes et délits⁶. « Parmi les preuves scientifiques et techniques, les empreintes génétiques occuperaient une place de choix » affirme Coralie Ambroise-Casterot⁷. La comparaison entre l'empreinte génétique issue des vestiges biologiques recueillis dans la sphère du crime

(traces) avec l'empreinte génétique de l'auteur présumé, issue d'un échantillon biologique obtenu de son corps (prélèvement), permettra de l'inculper, s'il existe une forte coïncidence entre les deux empreintes, ou de l'innocenter, si cette coïncidence n'est pas présente⁸. Par conséquent, on pourrait conclure que l'analyse scientifique de l'ADN des traces biologiques ne donnera lieu à une véritable preuve à charge ou à décharge qu'après leur comparaison avec l'ADN extrait d'un prélèvement⁹. Toutefois, il faut aussi admettre la possibilité d'une erreur judiciaire provenant d'une identification par l'ADN¹⁰.

- 3 L'efficacité de l'identification à partir de l'ADN, aux termes que nous venons d'exposer (recherche criminelle et preuve pénale), a été considérablement renforcée avec la création de fichiers ou bases d'empreintes génétiques, puisqu'ils ont permis le rapprochement à grande échelle des profils génétiques obtenus à partir des échantillons biologiques recueillis dans la sphère du crime ou délit, avec les profils génétiques identifiés et classés dans le fichier¹¹. La conséquence pratique est l'identification plus aisée des coupables présumés, ainsi que la disculpation plus rapide des personnes suspectées à tort¹². C'est justement sur ce point que certains auteurs mettent l'accent, la qualifiant d'« outil fondamentalement à décharge »¹³.
- 4 À vrai dire, l'utilisation des fichiers policiers a toujours été très étendue. Comme l'exprime V. GAUTRON, « dès la fin des années 1960, plus de quatre cents fichiers ont été recensés seulement aux services policiers de Paris, composés d'autour de 130 milliards de données ». En outre, ajoute l'auteur, « en facilitant le stockage et la récupération des données, l'informatique a certainement révolutionné la matière, de sorte que, après trente ans, nous avons assisté à une prolifération des fichiers de police ».
- 5 Par ailleurs, dans la société actuelle, plongée dans le phénomène de la mondialisation, la criminalité transfrontalière s'est répandue et généralisée, non seulement du point de vue plus frappant des grands réseaux organisés, mais aussi par rapport à la délinquance individuelle. Des réponses internationales s'imposent pour lutter contre la première, et la collaboration, en tout cas, pour l'identification des délinquants¹⁴.

2. Cadre législatif

- 6 Le Fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG) a été créé en France par la loi n° 98-468 du 17 Juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs (Loi Guigou). Le fichier ne devait répertorier que les données des condamnés pour viol ou agression sexuelle. Au bout de trois ans, un élargissement est introduit par la loi n° 2001-1062 du 15 Novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne (Loi Vaillant), pour inclure quelques autres infractions. Cette loi a inséré la réglementation dans le titre vingtième du livre IV du code de procédure pénale (CPP), relatif aux procédures particulières, articles 706-54 à 706-56-1. La loi n° 2003-239 pour la sécurité intérieure (loi Sarkozy II) opère une nouvelle extension plus large du champ d'application du FNAEG, d'un côté pour permettre l'inscription des données d'autres sujets (personnes mises en examen, membres de la famille d'une personne disparue), et de l'autre pour élargir le fichier à de nouveaux crimes et délits différents. En tout cas, d'après François-Bernard Huygue (2008, p. 67), « le FNAEG ne surgit pas dans un désert juridique : la loi du 29 juillet 1994 stipulait déjà qu'une recherche par empreintes génétiques ne pouvait avoir lieu que »

dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ou à des fins médicales ou de recherche scientifique » (article 16.11 du code civil) ».

- 7 La loi organique 10/2007 du 8 octobre¹⁵ a créé en Espagne la « *Base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN* ». Malgré le verbe employé, ce que fait la loi, c'est « intégrer les fichiers ADN déjà existant aux mains des Forces et Corps de Sécurité de l'État, tant pour l'enquête des délits, que pour les procédures d'identification des restes humains ou de recherche des personnes disparues » (article 1). En effet, on comptait déjà plusieurs fichiers établis dans ce but au sein des forces de sécurité de l'État, ainsi que des Communautés autonomes du Pays Basque et de la Catalogne¹⁶. L'existence de tels fichiers était prévue par la loi organique de protection des données à caractère personnel¹⁷. Toutefois, il n'existait aucune autre réglementation, même par décret, ce que toute la doctrine regrettait au regard risque d'atteintes aux droits fondamentaux, en particulier à l'intimité personnelle et la protection des données à caractère personnel. En ce sens, l'exposé des motifs de la loi reconnaît les carences de la tentative légale précédente d'aborder l'identification par l'ADN¹⁸.
- 8 La première chose qui attire l'attention dès qu'on lit le nom du fichier dans les deux pays est la désignation différente de leur contenu. Le législateur français a choisi de faire une assimilation entre l'identification par l'ADN et l'identification par empreinte digitale ; il utilise donc le terme « empreinte génétique ». Cette désignation, par sa simplicité et précision, s'avère à notre avis plus appropriée que la formule baroque employée par le législateur espagnol, « identificateurs obtenus à partir de l'ADN », qui semble avoir délibérément cherché à dissimuler la nature et le but de la nouvelle base de données. D'ailleurs, la dénomination « empreinte génétique » jouit en France d'une utilisation généralisée, tant dans le domaine juridique qu'à un niveau social. Quelque chose de similaire se passe en Espagne avec les termes « profil génétique », « profil d'ADN »¹⁹ et même celui d'« empreinte génétique ». Malgré cela, la loi 10/2007 a rejeté ces expressions et les a remplacées par la sus-nommée, qui commence à être acceptée par la doctrine²⁰.
- 9 Quoi qu'il en soit, on l'appelle « empreinte génétique », « profil génétique » ou « identificateur par l'ADN », nous sommes toujours devant un même concept : une collection de fragments d'ADN, ordonnés en accord avec leur taille, qui sont caractéristiques de chaque individu et qui constituent un code anonyme de différenciation, tel qu'un code-barres ou un code chiffré²¹. Dans le cas des profils obtenus d'un échantillon provenant d'une personne identifiée, c'est l'assignation à ce code de l'identité de la personne concernée qui va permettre, désormais, d'effectuer l'identification, ainsi que le rapprochement avec des autres profils ressortis des traces biologiques collectées sur le lieu du crime.
- 10 A partir ces prémisses, ce texte vise à faire une approche comparative des deux systèmes juridiques en France et en Espagne pour encadrer le stockage et le traitement des profils ADN, destinés à l'identification des personnes lors de recherches policières et de poursuites judiciaires. On comprend facilement la difficulté d'aborder, sous le format d'un article, une analyse approfondie des nombreuses questions différentes que ce sujet peut évoquer. Il faut alors mettre quelques limites. Tout d'abord, comme nous sommes confrontés à deux systèmes légaux différents, il s'avère nécessaire de les aborder à partir du seul système commun supérieur à tous les deux : la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (Conv.

EDH). Par conséquent, l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire *S. et Marper* contre Royaume-Uni, du 4 décembre 2008 (I), s'avère incontournable en raison de son impact direct sur notre sujet. À partir de ce point de vue, l'étude veut souligner quelques aspects directement liés au droit fondamental à la vie privée, y compris le droit à la protection des données personnelles, puis qu'ils sont les droits directement touchés par les activités nécessaires à la collecte et au stockage de l'empreinte ADN et à son traitement dans la base de données. Cela étant dit, les aspects suivants retiendront l'attention:

- 11 - Le caractère excessif de l'étendue du domaine objectif et, surtout subjectif des fichiers, par rapport aux infractions permettant l'inscription et aux personnes devant se soumettre à l'enregistrement de leurs empreintes génétiques (II).
- 12 - Les questions soulevées autour du prélèvement biologique sur les personnes soumises à l'enregistrement obligatoire de leurs empreintes génétiques (III).
- 13 - Les risques pour le droit à la vie privée résultants des analyses d'ADN et de la conservation des échantillons biologiques (IV).
- 14 - Les données à caractère personnel attachées à l'empreinte génétique et leur traitement au fichier (V).

I. La doctrine de la CEDH : l'affaire *S. et Marper* contre Royaume-Uni du 4 décembre 2008

- 15 À titre préliminaire, rappelons le texte de l'article 8 de la Conv. EDH relative au droit au respect de la vie privée et familiale :
- 16 « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
- 17 Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

A. Incidence de l'identification par l'ADN dans le droit à la vie privée

- 18 La Cour rappelle, au paragraphe 66 de l'arrêt *S. et Marper*, en citant de nombreuses décisions, que la notion de « vie privée » est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive, qui recouvre l'intégrité physique et morale de la personne. Elle peut donc englober de multiples aspects de l'identité physique et sociale d'un individu : l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle, ainsi que d'autres moyens d'identification personnelle et de rattachement à une famille. La Cour estime en plus que les informations relatives à la santé et à l'identité ethnique d'un individu doit aussi être considérée comme un élément important de sa vie privée. L'article 8 de la Convention protège en outre le droit à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec autrui et le monde extérieur. La

notion de vie privée comprend par ailleurs des éléments se rapportant au droit à l'image.

- 19 Après avoir défini le droit à la vie privée, tel que prévu dans l'article 8 de la Conv. EDH, la Cour déclare que les trois catégories d'informations personnelles conservées par les autorités au sujet des deux requérants, à savoir des empreintes digitales, des profils ADN et des échantillons cellulaires, constituent toutes les trois des données à caractère personnel au sens de la Convention sur la protection des données car elles concernent des individus identifiés ou identifiables (§ 68). Elle ajoute encore que le simple fait de mémoriser des données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence au sens de l'article 8.
- 20 D'après la Cour, pour déterminer l'incidence de l'identification policière ou judiciaire par l'ADN, il faut distinguer entre les échantillons biologiques et les profils ou empreintes génétiques²², puisque leur contenu informationnel et leurs usages potentiels sont sensiblement différents.
- 21 Pour ce qui est des échantillons cellulaires, la CEDH prend en considération :
- 22 a) Que les échantillons cellulaires renferment un code génétique unique qui revêt une grande importance, tant pour la personne concernée que pour les membres de sa famille. Ils contiennent beaucoup d'informations sensibles sur un individu, notamment sur sa santé et l'origine ethnique des personnes.
- 23 b) Les usages futurs que l'on pourrait envisager pour les échantillons cellulaires. Compte tenu du rythme élevé auquel se succèdent les innovations dans le domaine de la génétique et des technologies de l'information, on ne peut pas exclure la possibilité que les éléments de la vie privée liés aux informations génétiques fassent à l'avenir l'objet d'atteintes par des voies nouvelles, que l'on ne peut pas prévoir aujourd'hui avec précision.
- 24 Cela étant, la Cour conclut que « vu la nature et la quantité des informations personnelles contenues dans les échantillons cellulaires, leur conservation doit passer par constituer en soi une atteinte au droit au respect de la vie privée des individus concernés. Peu importe que seule une petite partie de ces informations soit en réalité extraite ou utilisée par les autorités pour les besoins de la création de profils ADN et qu'aucun préjudice immédiat ne soit provoqué dans un cas particulier » (§§ 70 à 73).
- 25 Concernant les profils ADN, la Cour met en balance :
- 26 a) d'un côté, qu'ils contiennent moins d'informations personnelles que les échantillons, et que ceux-là sont présentées sous la forme d'un code, une séquence de chiffres ou un code-barres, contenant des informations purement objectives et irréfutables et que l'identification d'une personne ne se produit qu'en cas de concordance avec un profil contenu dans la base de données.
- 27 b) de l'autre, qu'il y a dans les profils une quantité importante de données à caractère personnel, dont le traitement automatisé permet aux autorités d'aller bien au-delà d'une identification neutre de la personne. La Cour attire l'attention sur deux questions : la première, que les profils ADN peuvent être utilisés – et l'ont été dans certains cas – pour effectuer des recherches familiales en vue de déceler un éventuel lien génétique entre les individus ; la seconde, que le traitement des profils ADN permet aux autorités de se faire une idée de l'origine ethnique probable du donneur et que cette technique est effectivement utilisée dans le cadre des enquêtes policières. En conséquence, la potentialité des empreintes génétiques pour fournir un moyen de

découvrir soit les relations génétiques pouvant exister entre des individus, soit l'origine ethnique des individus²³, suffit en soi pour conclure que leur conservation constitue une atteinte au droit à la vie privée. De même, le fait que, l'information étant codée, elle ne soit intelligible qu'à l'aide de l'informatique et ne puisse être interprétée que par un nombre restreint de personnes ne change rien à cette conclusion (§§ 74 à 77).

B. Les conditions d'une ingérence conforme à la Convention

- 28 Classiquement, l'identification à partir de l'ADN peut devenir une ingérence respectueuse de la Convention si :
- 29 1°) *L'ingérence prévue par la loi.* À ce sujet, après avoir mentionné les règles générales, la Cour assimile la problématique de l'identification par empreintes digitales et empreintes génétiques à celle des écoutes téléphoniques, de la surveillance secrète et de la collecte secrète de renseignements. Dans tous ces cas, il est essentiel de fixer des règles claires et détaillées régissant la portée et l'application des mesures et imposant un minimum d'exigences concernant, notamment, la durée, le stockage, l'utilisation, l'accès des tiers, les procédures destinées à préserver l'intégrité et la confidentialité des données et les procédures de destruction de celles-ci, de manière à ce que les justiciables disposent de garanties suffisantes contre les risques d'abus et d'arbitraire. Pourtant, la Cour ne va pas plus loin à ce sujet ; elle résout cette question en se référant aux exigences d'une société démocratique (§ 99).
- 30 2°) *Le but poursuivie est légitime.* La Cour admet que la conservation des données relatives aux empreintes digitales et génétiques vise un but légitime : « la détection et, par voie de conséquence, la prévention des infractions pénales ». Ces termes semblent quelque peu imprécis. On pourrait parler plutôt de « détection des auteurs des infractions ». Quant à la prévention, de l'existence du fichier ne découle aucun avantage particulier, hormis que l'individu condamné à une peine privative de liberté, ne pourra pas commettre de nouveaux crimes ou délits pendant l'exécution de la durée de la peine. C'est peut-être pour cela que la Cour précise, toute suite, que « le prélèvement initial est destiné à relier une personne donnée à l'infraction particulière qu'elle est soupçonnée d'avoir commise, la conservation tend à un objectif plus large, à savoir, contribuer à l'identification des futurs délinquants » (§ 100).
- 31 Le but légitime apparaît plus clair quand la Cour nous dit qu'« il est hors de doute que la lutte contre la criminalité, et notamment contre le crime organisé et le terrorisme, qui constitue l'un des défis auxquels les sociétés européennes doivent faire face à l'heure actuelle, dépend dans une large mesure de l'utilisation des techniques scientifiques modernes d'enquête et d'identification »²⁴ (§ 105).
- 32 3°) *La nécessité de l'ingérence dans une société démocratique.* Le principe découlant de la Conv. EDH détermine qu'une ingérence est considérée comme « nécessaire dans une société démocratique » pour atteindre un but légitime si elle répond à un « besoin social impérieux » et, en particulier, si elle est proportionnée au but légitime poursuivi et que les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants » (§ 101)²⁵. C'est en l'espèce sur ce point que la Cour va se fonder.
- 33 Ainsi, après l'analyse de tous les points antérieurs, la Cour se réfère « à la question plus large de la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique ». Elle se concentre

sur le fait de savoir si la conservation des empreintes digitales et données ADN des requérants, qui avaient été soupçonnés d'avoir commis certaines infractions pénales, mais n'avaient pas été condamnés, était justifiée sous l'angle de l'article 8.2 de la Convention (§§ 99 et 106). Il est possible de tirer des règles générales à partir de la décision particulière, compte tenu des analyses globales qui la précèdent.

34 Pour statuer, la Cour adopte trois lignes directrices:

35 1°) *L'examen de la pratique en vigueur dans les autres Etats contractants.* La plupart des États n'autorisent le prélèvement dans le cadre de procédures pénales que sur les individus soupçonnés d'avoir commis des infractions présentant un certain seuil de gravité. D'ailleurs, les échantillons et les profils génétiques qui en sont tirés doivent être respectivement détruits ou effacés soit immédiatement soit dans un certain délai après un acquittement ou un non-lieu. Certains États autorisent un nombre restreint d'exceptions à ce principe (§ 108).

36 2°) *L'identification des instruments pertinents du Conseil de l'Europe.* La Cour relève d'une part, que la Recommandation n° R (92) 1 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe insiste sur la nécessité d'établir des distinctions entre les différents types de cas et d'appliquer des durées précises de conservation des données, même dans les cas les plus graves (§ 109). D'autre part, lorsqu'il s'agit de protéger des données à caractère personnel soumises à un traitement automatique et utilisées à des fins policières, il faut respecter les garanties spéciales prévues par la Convention du Conseil de l'Europe de 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, ainsi que par la Recommandation n° R (87) 15 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe visant à réglementer l'utilisation de données à caractère personnel dans le secteur de la police (§ 103)

37 3°) *L'appréciation de la proportionnalité entre le but poursuivi et le sacrifice imposé au droit à la vie privée.* La Cour remarque que la protection offerte par l'article 8 de la Convention serait affaiblie de manière inacceptable si l'usage des techniques scientifiques modernes dans le système de la justice pénale était autorisé à n'importe quel prix et sans une mise en balance attentive des avantages pouvant résulter d'un large recours à ces techniques, d'une part, et des intérêts essentiels s'attachant à la protection de la vie privée, d'autre part. Elle admet que l'élargissement de la base de données a contribué à la détection et à la prévention des infractions pénales. Il reste toutefois à déterminer si une telle conservation est proportionnée et reflète un juste équilibre entre les intérêts publics et privés qui se trouvent en concurrence (§§ 112, 117 et 118).

38 Avec ces prémisses, l'expression utilisée pour statuer sur les plaintes des requérants est significative : « la Cour est frappée ». On peut la lire au paragraphe 119 à partir duquel s'expriment les raisons pour condamner l'État défendeur:

39 a) Il était possible, en l'espèce, de prélever des empreintes digitales et échantillons biologiques, puis de les conserver indéfiniment, ainsi que les données à caractère personnel en tirés, chez toute personne, quel que soit son âge, arrêtée pour une infraction emportant inscription dans les fichiers de la police, indépendamment de la nature ou de la gravité de l'infraction que la personne est soupçonnée d'avoir commise.

40 b) La conservation ou la mémorisation des données à caractère personnel par les autorités publiques, qu'elles les utilisent ou non par la suite, emporte des conséquences directes sur la vie privée de l'individu. Il est particulièrement intrusif de conserver des

échantillons cellulaires, compte tenue de la profusion d'informations génétiques qu'ils contiennent.

- 41 c) Le législateur n'a pas prévu l'exercice d'un contrôle indépendant, hors des autorités gouvernementales, pour décider de la conservation ou de la destruction des échantillons et de l'inscription ou de l'effacement de données de la base nationale.
- 42 d) Puisque la conservation des données privées n'équivaut pas à l'expression de soupçons contraires au droit à la présomption d'innocence, la Cour montre sa préoccupation pour le risque de stigmatisation qui découle du fait de mettre les personnes bénéficiant d'une décision d'acquittement ou de classement sans suite sur un pied d'égalité avec les personnes condamnées pour un crime ou délit. En ce sens, la Cour met l'accent sur le préjudice que cette situation peut provoquer chez les mineurs, dès lors qu'on méconnaît l'importance que revêt leur développement et leur intégration dans la société.
- 43 En conclusion, la Cour affirme qu'il n'existe pas un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu. Elle estime que l'Etat défendeur a outrepassé toute marge d'appréciation acceptable en la matière et, en conséquence, qu'il a donné lieu à une atteinte disproportionnée au droit des requérants au respect de leur vie privée qui ne peut passer pour nécessaire dans une société démocratique (§ 125).

II. L'étendue excessive du domaine d'application des fichiers des empreintes génétiques

- 44 Pour bien comprendre ce point, il faut distinguer les infractions justifiant l'inscription (A) et la qualité des personnes soumises à l'inscription, au regard des infractions commises (B). Parler de soumission à l'inscription implique que l'on nie la nécessité d'un consentement à l'inscription. Toutefois, il existe aussi la possibilité d'un enregistrement consenti. On remarquera que le champ d'application des fichiers étudiés en étude dépasse le cadre délimité par la CEDH, tout particulièrement dans le système espagnol.

A. Les infractions justifiant l'inscription

- 45 A ce sujet, la différence entre les systèmes français et espagnols est remarquable. En France, pour déterminer le domaine infractionnel du FANEG, la loi a adopté un régime fermé qui, après avoir mentionné les catégories délictuelles concernées, précise chaque disposition particulière du code pénal dont l'infraction permettra l'inscription²⁶. La loi espagnole est beaucoup plus ouverte. Elle utilise des critères absolument généraux²⁷ : la gravité de l'infraction, d'un côté, et quelques catégories particulières, indépendamment de leur gravité, d'un autre côté, combinées avec une modalité spéciale de commission de l'infraction, à savoir la délinquance organisée. Si en France, on a bien mis en cause l'élargissement progressif du fichier, en Espagne, la liste résultant de la loi 10/2007 est plus large qu'en France, ce qui a fait l'objet de critiques.
- 46 Par rapport à la doctrine de la CEDH, il semble que le système espagnol réponde mieux au test de proportionnalité (équilibre entre les moyens et la fin dans une société démocratique), car il combine deux critères principaux, l'un relatif à la gravité de l'infraction, et l'autre à la protection des biens juridiques personnels, avec la

dangereusité présumée du crime organisé. Malgré cela, le critère de la gravité de l'infraction fait perdre au système espagnol le lien avec la finalité du fichier établi dans la mesure où il permet l'inscription pour des délits où l'existence de traces biologiques est improbable, voire inefficace pour la recherche. Ce lien manque aussi quelquefois dans la loi française. Néanmoins, le système français, fondé sur l'exhaustivité, se conforme mieux aux exigences du principe de légalité (ingérence prévue par la loi).

B. Personnes devant se soumettre à l'enregistrement de leurs empreintes génétiques dans le fichier

- 47 En France, l'article 706-54 CPP, toujours en lien aux infractions mentionnées à l'article 706-55, définit les cas d'inscription obligatoire des profils ADN. Il s'agit : a) des personnes déclarées coupables ; b) des personnes poursuivies ayant fait l'objet d'une décision d'irresponsabilité pénale²⁸ ; c) des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées par la loi²⁹.
- 48 En Espagne, conformément à l'article 3 de la loi précitée, l'inscription dans le fichier les empreintes génétiques de toute personne suspecte, en garde à vue, ou mise en examen pour les infractions mentionnées dans cet article, sont de droit. Le système espagnol est donc plus flexible que le système français. Il ne fait pas la différence entre les personnes condamnées et les personnes suspectées, et parmi ces derniers, il n'existe pas non plus de différence entre les personnes simplement suspectées et les personnes largement suspectées³⁰. La loi française ne permet pas d'inscrire le profil du simple suspect, lequel ne pourra faire l'objet que d'un rapprochement entre son profil génétique et les profils stockés dans le fichier³¹. Au contraire, le système espagnol entraîne un grand risque d'inscriptions injustifiées, compte tenu du fait que, dans les premiers moments de toute recherche criminelle, on peut trouver des raisons pour soupçonner plusieurs personnes à l'encontre desquelles la police judiciaire a été tenue d'obtenir le profil génétique, même lorsque les soupçons ont été tout de suite dissipés. Il y a tant de controverses à ce sujet que la *Comisión Nacional para el uso forense del ADN* (Commission nationale pour l'usage médico-légal de l'ADN - CNUFADN) a fini par exclure le simple suspect du formulaire établi pour obtenir le consentement au prélèvement³².
- 49 En ce sens aussi, il faut souligner une autre grande différence à propos des personnes suspectées. En droit français, leurs empreintes sont effacées sur instruction du procureur de la République agissant soit d'office, soit à la demande de l'intéressé, lorsque leur conservation n'apparaît plus nécessaire compte tenu de la finalité du fichier (article 706-54 alinéa 2 CPP). Bien qu'on approfondira plus tard cette question, on peut déjà affirmer qu'en Espagne les empreintes génétiques des personnes suspectées demeureront dans le fichier pendant tout le temps nécessaire jusqu'à la prescription du crime ou délit, sauf s'il y a eu une ordonnance définitive de non-lieu ou un acquittement par jugement définitif. Mais, en pratique, presque toutes les décisions de non-lieu adoptent un caractère provisoire. En conséquence, il est assez improbable d'obtenir l'effacement du profil avant ledit délai.
- 50 En France, comme en Espagne, pour ces personnes que nous venons de qualifier de « soumises aux fichiers », l'inscription d'un profil génétique dans le fichier n'exige pas le consentement. Si cela n'est pas expressément affirmé dans le CPP français, on peut

toutefois conclure en ce sens car : 1°) le CPP ne contient aucune norme exigeant le consentement des personnes déclarées coupables ou largement suspectées³³ ; 2°) il prévoit que « les empreintes génétiques des ascendants, descendants et collatéraux des personnes dont l'identification est recherchée ne peuvent être conservées dans le fichier que sous réserve du consentement éclairé, exprès et écrit des intéressés » (art. 706-54, alinéa 4 ; 2°). Il est alors entendu, *a contrario*, que le consentement des personnes condamnées ou largement suspectées n'est pas nécessaire ; 3°) il existe une sanction en cas de refus au prélèvement nécessaire pour obtenir l'empreinte génétique (*infra*).

- 51 En Espagne, l'article 3 de la LO 10/2007 essaie de mettre en évidence la distinction entre inscription obligatoire et inscription librement consentie:
- 52 D'un côté, le consentement n'est pas nécessaire pour enregistrer les données signalétiques fournies par l'ADN concernant les personnes soupçonnées, en garde vue ou mises en examen, ni, non plus, pour les mêmes données obtenues dans les processus d'identification de dépouilles ou pour la recherche des personnes disparues³⁴ (§ 1).
- 53 D'un autre côté, on permet l'inscription des données signalétiques obtenues à partir de l'ADN quand la personne concernée prête son consentement exprès (§ 2).
- 54 Aux cas où le consentement de la personne concernée est nécessaire pour l'enregistrement de son profil génétique, il faut remarquer que rien n'a été prévu sur le contenu de l'information à fournir à cette personne. On ne peut estimer être devant un consentement éclairé, si aucune précision n'est fournie sur la finalité du fichage, la durée de celui-ci, les droits d'accès, la rectification, l'effacement, etc. En France, au moins, la partie réglementaire du CPP impose l'accord de la personne intéressée pour l'inscription, mais aussi pour le rapprochement de son empreinte génétique avec l'ensemble des traces et des empreintes enregistrées³⁵, tous les deux pouvant être vérifiés au procès-verbal. De son côté, paradoxalement, la loi espagnole mentionne le devoir d'information seulement pour les individus qui ne peuvent consentir au fichage (article 3.1 in fine LO 10/2007)³⁶. On pourrait alors reformuler l'expression « consentement éclairé », en « information sans accord ».
- 55 Compte tenu de ce qui précède, il est hors de doute que le droit espagnol ne respecte pas la Conv. EDH car il ne fait pas de distinction entre les personnes condamnées³⁷ et soupçonnées, comme il ne la fait pas non plus sur l'étendue du soupçon. Par conséquent, le risque de stigmatisation relevé par la CEDH se révèle évident dans la loi espagnole. Dans le cas des personnes simplement suspectées, le droit français permet, uniquement, le rapprochement de leurs empreintes génétiques avec celles stockées dans le fichier. Cependant, une question troublante se dégage de cette disposition de la loi française: si le simple soupçon concerne un crime ou un délit particulier, ne serait-il pas plus raisonnable de comparer l'empreinte génétique du suspect avec celles issues des traces biologiques rencontrées sur la scène de l'infraction³⁸? Il semble plutôt que le législateur utilise le soupçon comme une excuse pour faire un balayage général sur la personne suspectée. A notre avis, cette prévision porte atteinte à la présomption d'innocence, bien que la Cour n'ait pas approfondi la question. Ce reproche est encore plus fort au sujet de la loi espagnole, puisqu'elle oblige à l'inscription du profil génétique du simple suspect.
- 56 Il existe encore un autre point où les systèmes juridiques espagnol et français contreviennent explicitement la jurisprudence de la CEDH. Il s'agit de celui du cas particulier des mineurs, étant donné que le risque de stigmatisation est plus fort à leur sujet. L'attention particulière exigée par la Cour est ignorée, même en France, où le

Conseil Constitutionnel³⁹ a déjà tranché sur cette question. Or, le besoin d'un traitement différent pour les mineurs se dégage de l'article 40 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, qui énonce que tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale a le droit à un traitement qui soit de nature à favoriser son sens de la dignité et de la valeur personnelle, qui renforce son respect pour les droits de l'homme et les libertés fondamentales d'autrui, et qui tienne compte de son âge ainsi que de la nécessité de faciliter sa réintégration dans la société et de lui faire assumer un rôle constructif au sein de celle-ci.

- 57 Finalement, il manque dans les deux systèmes, mais surtout dans le système espagnol, une définition plus précise de l'information à fournir à toutes les personnes concernées par le fichage de leurs empreintes génétiques, afin qu'elles puissent exercer les droits qui leur sont reconnus par les lois, en particulier l'accès aux fichiers, à la rectification et à l'effacement des données à caractère personnel.

III. Les questions soulevées par le prélèvement biologique

- 58 En France, comme en Espagne, l'inviolabilité du corps humain était très certainement dans l'esprit initial des rédacteurs des textes législatifs⁴⁰, lorsqu'ils ont abordé la question de l'identification par l'ADN puisqu'il était nécessaire d'effectuer une prise de sang sur la personne concernée. Actuellement, en raison du progrès scientifique, on identifie une certaine divergence dans l'interprétation de la question entre les deux pays. En effet, l'utilisation de kits de prélèvements buccaux permet d'obtenir le matériau biologique nécessaire pour l'expertise d'ADN avec une simple opération : frotter un bâtonnet muni d'un embout en mousse humidifié de salive sur la paroi interne de la bouche, opération que peuvent même faire les officiers de police judiciaire. Cette méthode ne porte pas atteinte à l'intégrité physique, ni à la dignité de la personne concernée. En tout état de cause, en France cette question reste étroitement liée à l'intégrité du corps humain ; elle est fondée sur la protection juridique des droits de la personnalité, entendue au sens des articles 16.1 et 16.11⁴¹. En Espagne, l'absence d'une telle approche générale liée à la personnalité, ainsi que l'innocuité des techniques actuelles pour obtenir des échantillons biologiques, a conduit à questionner les implications sur le droit à l'intégrité physique⁴². Certains auteurs estiment qu'il existe une ingérence à ce droit fondamental, mais par le biais du principe général de liberté individuel dont découle le besoin du consentement de l'intéressé⁴³. Il reste que la virtualité d'une atteinte au droit fondamental à l'intégrité physique reste présente en raison de l'utilisation de la force physique pour vaincre la résistance de la personne qui refuserait de fournir un échantillon biologique.

A. Les différentes modalités de prélèvement biologique : intrusif, externe et résiduel

- 59 Selon l'article 706-56 CPP, « L'officier de police judiciaire peut procéder ou faire procéder sous son contrôle, à l'égard des personnes mentionnées au premier, au deuxième ou au troisième alinéa de l'article 706-54, à un prélèvement biologique destiné à permettre l'analyse d'identification de leurs empreintes génétiques ». Puis il

est ajouté : « Lorsqu'il n'est pas possible de procéder à un prélèvement biologique sur une personne mentionnée au premier alinéa, l'identification de son empreinte génétique peut être réalisée à partir de matériel biologique qui se serait naturellement détaché du corps de l'intéressé ». Certains parlent ici de « procédure de l'ADN résiduel »⁴⁴. Le CPP prévoit, à l'article 55.1, une troisième modalité de prélèvement dit « externe » à propos de la réglementation de l'enquête des crimes et des délits flagrants⁴⁵.

- 60 Il n'existe aucune difficulté pour caractériser le prélèvement résiduel : il ne faut pas toucher le corps. Ce prélèvement ne nécessite pas la collaboration de la personne dont l'empreinte génétique doit être enregistrée (ou rapprochée du) au fichier. Le problème que ce système pose est d'assurer l'authenticité de l'échantillon et sa correspondance avec la personne à laquelle il a été attribué. C'est le seul moyen d'assurer la correspondance entre l'empreinte génétique résultant de l'analyse et l'identité qui lui a été assignée. En ce sens, une personne qui a refusé le prélèvement devra finalement s'y soumettre au moment de démontrer que l'empreinte génétique enregistrée ne lui appartenait pas. Bien entendu, il s'agit toujours de personnes pleinement identifiées. S'agissant du matériel biologique séparé naturellement du corps, mais dont on ne connaît pas la provenance, il faudrait parler de traces. Dans ce cas, l'empreinte génétique sera également inscrite, mais elle ne sera pas liée à l'identité d'une personne.
- 61 Il reste alors la question de différencier les adjectifs « biologique » et « externe » attachés au concept de « prélèvement »⁴⁶. La réponse est, à notre avis, que le premier entraîne une notion plus large que le second, celui-ci étant donc compris dans celui-là. On peut ainsi conclure dans le sens de la Décision du Conseil constitutionnel n° 2003-467 du 13 de mars 2003 dont le considérant 55 déclare « que l'expression « prélèvement externe » fait référence à un prélèvement n'impliquant aucune intervention corporelle interne; qu'il ne comportera donc aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des intéressés; que manque dès lors en fait le moyen tiré de l'atteinte à l'inviolabilité du corps humain; que le prélèvement externe n'affecte pas davantage la liberté individuelle de l'intéressé »⁴⁷. Le prélèvement externe est aussi un prélèvement biologique, mais ce dernier terme comprend également les méthodes intrusives ou impliquant une intervention corporelle interne, telle qu'une prise de sang.
- 62 La Loi espagnole 10/2007 emploie, à ce sujet, l'expression « prise d'échantillons » (troisième disposition additionnelle). On pourrait en faire découler une référence implicite aux méthodes « résiduelles »⁴⁸, « externes » et « invasives » quand elle exige le consentement de la personne concernée ou l'autorisation judiciaire pour les prises consistant à une inspection, une reconnaissance ou une intervention corporelle. Pour sa part, la jurisprudence espagnole est de l'avis que la prise d'échantillons par le biais des kits buccaux ne comporte pas une ingérence au droit à l'intégrité de la personne ni, non plus, à sa dignité⁴⁹.

B. Le consentement au prélèvement biologique, le refus de s'y soumettre et la question de la contrainte physique

- 63 En France, s'il est évident que cette matière fait l'objet d'une réglementation rigoureuse à l'article 706-56 CPP, cela n'implique pas l'absence de tout problème⁵⁰. La loi française

ne trouve pas de correspondance avec la loi espagnole qui, comme nous allons le voir, reste confuse.

64 Ainsi, du cadre de l'article 706-56 du CPP français, on peut retenir les conclusions suivantes:

65 1°) Le prélèvement biologique vise directement à obtenir l'empreinte génétique des personnes mentionnées au premier, au deuxième ou au troisième alinéa de l'article 706-54⁵¹ ;

66 2°) Dès lors qu'il est probable que le profil de la personne concernée soit déjà enregistré, la loi prévoit explicitement une vérification préalable pour éviter le prélèvement⁵² ;

67 3°) Le prélèvement (externe ou invasif) doit se faire avec le consentement de l'individu concerné, c'est-à-dire, des personnes mentionnées au premier, au deuxième ou au troisième alinéa de l'article 706-54⁵³. Néanmoins, ce consentement n'est pas nécessaire s'il s'agit d'une personne condamnée pour crime ou déclarée coupable d'un délit puni de dix ans d'emprisonnement ou plus, même si cette personne a fait l'objet d'une décision d'irresponsabilité pénale (art 706-120, 706.125, 706-129, 706-133 ou 706-134). À propos de cette exception, une question essentielle se pose toute suite : l'utilisation de la contrainte physique est-elle possible pour venir à bout de la résistance du sujet insoumis? La réponse ne peut être que négative : l'emploi de la force n'est pas permis en France au regard de l'article 16-1 du code civil⁵⁴. C'est pour cela que la loi punit le refus de se soumettre au prélèvement et qu'elle prévoit aussi le prélèvement résiduel. En effet, le refus de se soumettre au prélèvement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ; la peine est plus forte lorsque ces faits sont commis par une personne condamnée pour crime, deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende⁵⁵. Si, malgré cette contrainte pénale, la personne persiste dans son refus, l'identification de son empreinte génétique peut être réalisée à partir de matériel biologique qui se serait naturellement détaché de son corps. Une autre question peut être alors posée : l'identification de l'empreinte génétique par le biais de ce procédé empêche-t-elle la poursuite pour délit de refus de se soumettre au prélèvement? Il semble que la loi veuille punir en tout état de cause le refus, puisqu'elle sépare dans deux alinéas différents, la réglementation du prélèvement et les conséquences d'en refuser la réalisation⁵⁶.

68 4°) La prévention contre le risque de manipulation de la part de la personne faisant l'objet d'un prélèvement est remarquable⁵⁷, bien qu'une telle manipulation est très difficile avec les techniques actuelles, se limitant à l'obtention de salive dans la cavité buccale.

69 Pour sa part, la loi espagnole, LO 10/2007, fait une seule référence à la « prise des échantillons » (troisième disposition additionnelle): « Pour la recherche des délits énumérés à la lettre a) de l'alinéa 1 de l'article 3, la police judiciaire procédera à la collecte des échantillons et fluides de l'individu suspecté, en garde vue ou mis en examen ; ainsi que du lieu du délit ». À partir de ce libellé, la collecte des échantillons biologiques ainsi que celles obtenues d'un prélèvement, sont liées, par la loi, à la recherche de l'auteur de l'infraction, et non pas à l'inscription au fichier, de sorte que si on n'avait pas besoin d'analyser l'ADN pour résoudre cette recherche, il n'est pas nécessaire d'obtenir d'empreintes génétiques. À vrai dire, il n'y a dans la loi aucun lien entre l'article 3, qui régleme l'enregistrement, et la disposition additionnelle

troisième, prévue pour la collecte des échantillons. Les expressions employées dans chaque disposition sont même différentes, à savoir, respectivement, « dans le cadre d'une recherche criminelle » et « pour la recherche des délits ». En dépit de cette clarté, la pratique policière agit toujours comme si le but du prélèvement était le fichage et non pas la recherche de l'auteur de l'infraction⁵⁸.

- 70 Le prélèvement exige aussi, dans le système espagnol, le consentement de la personne concernée. Si elle ne le prêtait pas, l'autorisation judiciaire serait nécessaire en cas d'inspection, de reconnaissance ou d'intervention corporelle⁵⁹. Pourtant, à l'exception de quelques auteurs⁶⁰, l'opinion doctrinale majoritaire et la jurisprudence ne conçoivent pas que la loi rende possible l'emploi de la force physique, même si le sujet concerné ne prête pas sa collaboration après l'autorisation judiciaire⁶¹. Comme on l'avait déjà annoncé, la loi espagnole manque d'une réglementation particulière sur le refus de se soumettre au prélèvement⁶². Rien n'a été prévu non plus pour vérifier au préalable si l'empreinte génétique de la personne concernée a déjà été enregistrée.
- 71 L'arrêt *S. et Marper c. Royaume-Uni* ne se prononce pas sur la problématique du prélèvement qui ne faisait pas partie des plaintes des requérants. En tout état de cause, le consentement est requis pour toute action de la nature analysée et, à défaut, l'autorisation judiciaire ou la réquisition du Procureur de la République. Du point de vue du droit à la vie privée, et compte tenu de ce que tout prélèvement vise à obtenir une empreinte génétique destinée au fichier, pour considérer si le consentement est valablement donné, il faudrait informer clairement de la finalité du prélèvement et des conséquences juridiques qui en découlent. Or, rien de particulier n'a été prévu par les lois des deux pays⁶³. D'ailleurs, fait également défaut une loi permettant d'une manière expresse et claire l'utilisation de la contrainte physique, dont l'emploi, au regard de la réglementation en vigueur⁶⁴, impliquerait une ingérence au droit à l'intégrité physique reconnu à l'article 3 Conv. EDH⁶⁵. Enfin, en France comme en Espagne, l'absence d'une règle particulière sur le consentement au prélèvement chez les mineurs est très critiquable : il faudrait pouvoir mesurer leur maturité et compléter ou substituer leur décision avec l'assistance du représentant légal.

IV. Les analyses d'ADN et la conservation des échantillons biologiques : leurs risques pour le droit à la vie privée

- 72 « La question 'Que doit-on savoir sur qui à travers les fichiers génétiques ?' est inséparable de 'Que peut-on savoir au stade actuel de la science ?' et 'Comment sait-on ? Quels outils, vecteurs et archives ? Comment exploiter cette connaissance ?' »⁶⁶.
- 73 L'obtention d'une empreinte génétique implique nécessairement une activité scientifique et technique qui est projetée sur un échantillon biologique, dont l'ADN devra être analysé par un expert. Deux risques principaux se dégagent de cette activité médico-légale. D'une part, exploiter l'analyse pour extraire de l'ADN plus d'informations que celles strictement utiles à déterminer le profil génétique. D'autre part, allouer les échantillons biologiques à des fins illégitimes. Compte tenu du développement vertigineux du génie génétique, il semble très raisonnable de mettre l'accent sur la prévention et l'élimination de ces risques. La CEDH avait souligné les risques exposés ressortissants de la conservation des échantillons et de la réalisation

des analyses de l'ADN, et surtout la possibilité de leur exploitation à mauvais escient. Par conséquent, elle exigeait des États des mesures certaines et suffisantes pour éviter ces risques et sauvegarder les droits fondamentaux des personnes concernées. Il faut mettre en évidence la possibilité d'atteintes au droit à l'intimité personnelle, en particulier l'« intimité corporelle », qui comprend ce que l'on appelle l'« intimité génétique »⁶⁷, dans la mesure où il est possible d'avoir accès à toute l'information personnelle contenue dans l'ADN avec les analyses (et la conservation des échantillons biologiques permettra de le faire pendant toute la durée de conservation).

74 Pour ce qui est des analyses, la formule contenue à l'article 706-54 CPP est stricte : « les empreintes génétiques conservées dans ce fichier ne peuvent être réalisées qu'à partir de segments d'acide désoxyribonucléique non codants, à l'exception du segment correspondant au marqueur du sexe »⁶⁸. L'article R53-13 CPP précise que « le nombre et la nature des segments d'ADN non codants sur lesquels portent les analyses d'identification par empreintes génétiques sont définis par arrêté du ministre de la justice et du ministre de l'intérieur pris après avis de la commission chargée d'agrée les personnes habilitées à effectuer des missions d'identification par empreintes génétiques dans le cadre des procédures judiciaires ». En outre du CPP, il faut aussi prendre en compte le principe plus général, mais qui s'applique ici, contenu à l'article 16-12 du Code civil français : « sont seules habilitées à procéder à des identifications par empreintes génétiques les personnes ayant fait l'objet d'un agrément dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. Dans le cadre d'une procédure judiciaire, ces personnes doivent, en outre, être inscrites sur une liste d'experts judiciaires ». Le décret n° 97-109 du 6 février 1997 développe ces prescriptions légales. Il a créé une commission chargée d'agrée les personnes habilitées à effectuer des missions d'identification par empreintes génétiques, soit dans le cadre d'une procédure judiciaire, soit en vue d'un enregistrement au FNAEG. Cette « Commission d'Agrément » est présidée par un Magistrat. Sous réquisition du ou de la Garde des Sceaux, ministre de la Justice, la Commission a pour mission de donner son avis sur les questions relatives à la fiabilité et à la sécurité des analyses d'identification par l'ADN⁶⁹.

75 En ce qui concerne la conservation des échantillons biologiques, le décret n° 200-413, du 18 mai 2000⁷⁰ crée le Service central de préservation des prélèvements biologiques (SCPPB), géré par l'Institut de recherche criminelle de la Gendarmerie nationale. Ce service devait conserver les traces et les prélèvements biologiques pendant quarante ans. Toutefois, des raisons économiques ont imposé la seule conservation des traces, mais pas des prélèvements (modification introduite par le décret du 27 mai 2004)⁷¹. On remarquera par ailleurs que le SCPPB (comme le même FNAEG) est placé sous contrôle d'un magistrat⁷².

76 Ces matières restent plus imprécises en Espagne dans la mesure où la LO 10/2007 se limite à indiquer : « Les identificateurs obtenus à partir de l'ADN ne pourront s'inscrire dans la base de données de la police règlementée par la présente loi que dans le cadre d'une recherche criminelle, concernant exclusivement des informations génétiques révélatrices de l'identité de la personne et de son sexe » (art. 4). À cet égard, il manque une interdiction incontestable d'analyser l'ADN codant. Pris mot à mot, il en découle une simple censure de l'information provenant des analyses, hors des indications légales. Par rapport aux experts habilités, la loi espagnole prévoit simplement que « les analyses de l'ADN pour l'identification génétique dans les cas prévus ne peuvent être effectuées que par les laboratoires accrédités à ce but par la « Commission nationale

pour l'usage médico-légal de l'ADN » (article 5.2). Le décret du 11 décembre 2008 a créé cette Commission, sous la présidence du Directeur général des rapports avec l'Administration de la Justice. Il n'est pas prévu que l'on puisse demander l'avis de cette Commission, bien qu'elle puisse formuler des propositions aux ministères de l'Intérieur et de la Justice à propos de l'efficacité de la recherche criminelle et l'identification de cadavres.

- 77 Sur la conservation des échantillons, la loi espagnole stipule que « l'autorité judiciaire a pour tâche de se prononcer sur l'ultérieure conservation des échantillons ou vestiges biologiques ». Cette disposition est placée juste après l'endroit où la loi prévoit que « les échantillons et vestiges seront remis aux laboratoires dûment accrédités pour faire les analyses » (article 5.1). Il en découle que ce sont ces mêmes laboratoires qui doivent conserver le matériel biologique. Mais il manque toute autre précision à propos du temps de conservation, de la procédure pour la décision judiciaire, des critères pour ordonner la conservation ou destruction, des garanties ou mesures de sécurité, etc.⁷³.
- 78 Si l'on revient à la jurisprudence de la Cour EDH, il est vrai que le droit français et le droit espagnol ont mis en place des mécanismes d'accréditation par des experts et de contrôle afin de s'assurer, grâce à des tests de qualité, de l'adéquation de l'analyse à son but et à sa fiabilité, ainsi que de la confidentialité des données extraites⁷⁴.
- 79 Cela étant, il faut reconnaître que la loi française s'avère plus large et précise, qu'elle est précisée par des normes réglementaires et, surtout, qu'elle a placé sous contrôle des magistrats aussi bien la « Commission d'agrément » que le SCPPB. Tous ces éléments assurent une certaine objectivité et indépendance par rapport au pouvoir gouvernemental et, par conséquent, un haut degré de protection du droit à la vie privée. A titre de comparaison, la loi espagnole devrait suivre cet exemple, et au moins s'engager dans la réglementation de la portée des analyses, de la durée et de la forme de la conservation des échantillons ; il conviendrait notamment qu'elle définisse aussi l'intervention judiciaire directe. En l'absence de telles précisions, un décret aurait dû s'y atteler. Or, le décret du 11 décembre 2008 précité laisse toute liberté à la Commission qu'il a créé pour régler les aspects techniques, la sécurité et la confidentialité autour des analyses et des échantillons biologiques.

V. Les données à caractère personnel attachées à l'empreinte génétique et leur traitement au fichier

- 80 Nous avons déjà vu qu'une empreinte génétique n'est qu'un code chiffré, un code-barres qui trouve sa correspondance avec une personne identifiée si l'analyse a été effectuée sur un prélèvement. Mais ce n'est pas si simple. L'inscription au FNAEG contient aussi des noms, des prénoms, des dates et des lieux de naissance, et des filiations des personnes nommément identifiées dont les empreintes génétiques sont enregistrées. Si l'analyse avait été réalisée sur une trace biologique, on ne pourrait pas connaître l'identité de la personne à qui elle appartient, seulement le sexe. D'autre part, et selon les cas, ce ne sont pas les seules informations enregistrées. On en trouve aussi d'autres concernant la procédure et son état, la nature de l'affaire et, le cas échéant, la date à laquelle la condamnation est devenue définitive ou, si cette date n'est pas connue du gestionnaire du fichier, la date de la condamnation, ainsi que les

personnes qui sont intervenus dans le processus d'analyse de l'ADN et d'enregistrement au fichier⁷⁵.

- 81 En Espagne, tout ce qui concerne le contenu, la structure et l'organisation du fichier a été règlementé par simple ordre du ministère de l'Intérieur, el « Orden INT/1202/2011, de 4 de mayo, por la que se regulan los ficheros de datos de carácter personal del Ministerio del Interior »⁷⁶. À proprement parler, l'ordre ne règlemente pas la Base de données que la LO 10/2007 prétend créer, mais quatre fichiers policiers indépendants, bien qu'ils soient expressément attachés aux dispositions de ladite loi. Pour ce qui est des données à caractère personnel qui font l'objet d'enregistrement, leur quantité et leur qualité attirent l'attention⁷⁷. Il s'agit des a) « profils génétiques obtenus à partir d'échantillons biologiques, qui fournissent des informations exclusivement génétique révélant l'identité de la personne, le sexe, l'ascendance et les traits physiques externes, sans que l'on puisse pour autant tirer de ces profils des informations relatives à la santé des personnes » ; b) des « données signalétiques: description, traits physiologiques et anthropologiques et données du profil génétique à valeur signalétique » ; c) des « données concernant des caractéristiques personnelles et l'identité : DNI⁷⁸ / NIF⁷⁹ / Passeport, nom et prénom, adresse postale, téléphone, données de filiation, renseignements familiaux, date et lieu de naissance, âge, sexe, nationalité, lieu de séjour habituel ».
- 82 Une spécificité finale de chaque système mérite d'être indiquée. En France, les opérations de transmission des données au gestionnaire du fichier relève des magistrats du parquet ou de l'instruction et des officiers de police judiciaire. Tous les trois peuvent aussi demander de telles opérations aux personnes requises pour réaliser les analyses de l'ADN (articles R53-18 alinéa 4 et 706-56 alinéa 3 du CPP). En Espagne, la LO 10/2007 habilite exclusivement la police judiciaire pour la transmission des données résultant de l'analyse de l'ADN (article 6). Aucune mention n'est faite au Juge d'Instruction ou au Ministère Fiscal (l'équivalent du Procureur de la République).
- 83 En vue de la nature des données à caractère personnel pouvant être enregistrées, les réflexions de la Cour EDH (*supra*) prennent tout leur sens: « il y a dans les profils une quantité importante de données à caractère personnel, dont le traitement automatisé permet aux autorités d'aller bien au-delà d'une identification neutre de la personne ». Cette idée attire notre attention sur deux points particulièrement inquiétants : la durée de séjour des données dans le fichier (A) et les moyens mis à disposition des citoyens pour faire valoir leurs droits à l'encontre de l'enregistrement de leur profil génétique (B).

A. La durée de conservation des données à caractère personnel dans le fichier

- 84 En France, l'article 706-54 du CPP renvoie cette matière à un décret en Conseil d'État, pris après avis de la CNIL. C'est le décret n° 2000-413 du 18 mai 2000, modifié à diverses reprises, qui a développé cette habilitation législative. Malgré le libellé confus de ses articles R53-14, R53-14-1 et R53-14-2, on peut distinguer deux règles principales et quelques précisions⁸⁰.
- 85 La première règle n'opère pas de distinction entre traces et prélèvements, identifiés ou non identifiés. Elle établit un délai de quarante ans pendant lequel les informations enregistrées peuvent être conservées. Cette norme est valable aussi pour les cas où il a

eu une décision de classement sans suite, de non-lieu, de relaxe ou d'acquittal exclusivement fondée sur l'existence d'un trouble mental en application des dispositions du premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal. Ce délai commence à compter soit de la demande d'enregistrement, soit du jour où la condamnation est devenue définitive ou, si cette date n'est pas connue du gestionnaire du fichier, du jour de la condamnation.

- 86 La seconde règle prévoit un délai de vingt-cinq ans, à compter de la demande d'enregistrement, pour les informations ressortant des prélèvements concernant les personnes largement suspectées, si leur effacement n'a pas été ordonné antérieurement.
- 87 Il est précisé que a) les empreintes génétiques issues d'un cadavre non identifié enregistrées dans le cadre d'une procédure pour recherche des causes de la mort sont effacées dès la réception par le service gestionnaire du fichier d'un avis l'informant de l'identification définitive de la personne décédée ; b) que les empreintes génétiques d'une personne disparue ainsi que celles de ses ascendants et descendants sont effacées dès la réception par le service gestionnaire du fichier d'un avis de découverte de cette personne. Les parents mentionnés peuvent demander en tout temps l'effacement de leurs empreintes génétiques, et le Procureur de la République doit faire droit à cette demande (article R. 53-13-1).
- 88 Quant à elle, la loi espagnole 10/2007 encadre cette matière en son article 9. On peut en dégager une règle générale et quelques exceptions pour la « conservation dans la base de données des identificateurs obtenus à partir de l'ADN ». La règle générale est que la conservation n'est permise que pendant le temps signalé par la loi pour la prescription du délit⁸¹. Le texte souligne que cette disposition est également valable pour les simples suspectés, c'est-à-dire, ceux qui n'ont pas été finalement accusés. La exception élargit le fichage jusqu'à l'annulation des casiers judiciaires, s'il y a eu soit arrêt de condamnation, soit arrêt d'acquittal pour absence d'imputabilité ou culpabilité, sauf si le juge décide autrement dans ce dernier cas. La deuxième exception impose l'annulation de l'inscription dans le cas d'une décision ferme d'acquittal ou de non-lieu. On trouve aussi d'autres spécificités : a) s'il y a plusieurs enregistrements concernant une même personne pour des délits différents, les données resteront inscrites jusqu'à la fin du délai d'annulation le plus large ; b) les données des personnes décédées sont effacées dès que le gestionnaire de la base connaît le décès ; c) les profils génétiques provenant de procédures pour l'identification de dépouilles ou de recherche de personnes disparues, ne sont pas effacés tant qu'ils soient nécessaires au but de la recherche ; d) les profils provenant de traces resteront pour toujours dans la base, mais une fois leur identification a été possible, les règles précédentes sont appliquées.
- 89 Dans ce contexte, la loi espagnole semble plus respectueuse du principe de proportionnalité que la loi française, car la première relativise la durée de l'enregistrement en fonction de la gravité des délits et des crimes. En revanche, le droit français établit les mêmes périodes pour tous les délits et les crimes compris dans le champ d'application du fichier⁸². Néanmoins, les deux systèmes se rapprochent quant à la proportionnalité en prévoyant un délai du fichage plus court pour les personnes non condamnées. Il reste que, puisque les empreintes génétiques des personnes simplement suspectées sont exclues du fichier, le respect du principe de proportionnalité s'avère plus fort en droit français qu'en Espagne. Il y a donc, dans les deux cadres législatifs, des motifs pour estimer que la conformité à la Conv. EDH n'est pas totale, parce qu'elles

ne respectent pas toutes les indications données par la Cour européenne portant sur la gravité de l'infraction, ainsi que sur la différenciation entre personnes condamnées et personnes suspectées.

- 90 Une fois encore, l'ingérence au droit à la vie privée s'avère plus forte dans la perspective des mineurs. Si l'enregistrement de leurs empreintes génétiques dans ces fichiers, dans les mêmes conditions que celles des adultes est déjà discutable, il est plus regrettable encore, d'assimiler le traitement des données des uns et des autres⁸³, car cela augmente le risque de stigmatisation dénoncé par la CEDH.

B. Les droits d'accès, de rectification et d'effacement

- 91 L'article R53-15 CPP français, sur ce point, opère un rappel de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, en stipulant que le droit d'accès prévu par l'article 34 de cette loi doit s'exercer auprès du directeur central de la police judiciaire du ministère de l'Intérieur. Néanmoins, comme nous l'avons déjà cité, il contient des normes particulières concernant l'effacement: L'une est relative aux empreintes des personnes largement suspectées, pouvant être effacées sur instruction du Procureur de la République, soit d'office, soit à la demande de l'intéressé, lorsque leur conservation n'est pas nécessaire au regard de la finalité du fichier. L'autre est liée aux empreintes génétiques des ascendants, descendants et collatéraux des personnes dont l'identification est recherchée, par rapport aux procédures de recherche des causes de la mort ou de recherche des causes d'une disparition, qui doivent être effacées de droit à la demande de l'intéressé.
- 92 Les articles R53-13-1 à R53-13-6 CPP prévoient une procédure très simple et très brève pour statuer sur la demande d'effacement, avec l'intervention du Procureur de la République, à défaut de réponse ou s'il n'ordonne pas l'effacement, du juge des libertés et de la détention, et, le cas échéant, du président de la chambre de l'instruction, dont l'ordonnance peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation si elle ne satisfait pas, en la forme, aux exigences légales.
- 93 Enfin, il convient de souligner que le FNAEG est placé sous le contrôle d'un magistrat du parquet hors hiérarchie, qui peut ordonner toutes mesures nécessaires à l'exercice de son contrôle, telles que saisies ou copies d'informations, ainsi que l'effacement des enregistrements illicites. Les pouvoirs qui lui sont confiés s'exercent sans préjudice du contrôle qui incombe à la Commission nationale de l'informatique et des libertés (articles R53-16 et R53-17 CPP).
- 94 De la même manière, la loi espagnole, à l'article 9, fait écho à la LO 15/1999, du 13 décembre 1999, de protection de données à caractère personnel, pour l'exercice des droits d'accès, rectification et effacement⁸⁴, mais, au contraire du droit français ; il n'existe aucune autre disposition ! Pour sa part, l'ordre INT/1202/2011, susmentionné, se limite à déterminer les gestionnaires des fichiers qui font partie de la base issue de la loi : les fichiers INT-SAIP et INT-FÉNIX, à la charge de la *Secretaría de Estado de Seguridad* (Secrétariat d'État de Sécurité) ; et les fichiers ADN-HUMANITAS et ADN-VERITAS, gérés par la *Comisaría General de Policía Científica* (Commissariat général de la Police scientifique)⁸⁵.
- 95 Comme il arrivait à propos des échantillons biologique et analyses d'ADN, on ne peut pas s'étonner que le droit espagnol ne réponde pas aux exigences découlant de la Conv. EDH, dès lors que le législateur n'a non plus défini l'exercice d'un véritable contrôle

judiciaire indépendant, hors des autorités gouvernementales, pour décider de l'inscription ou de l'effacement des données à caractère personnel de la base nationale, la procédure administrative précédant à l'intervention du juge étant très lourde.

Réflexion finale

- 96 Pour la Cour EDH il est essentiel de fixer des règles claires et détaillées régissant la portée et l'application des mesures emportant une ingérence au droit à la vie privée et familiale. En conséquence, un minimum d'exigences s'impose à notre sujet, concernant tout le procédé nécessaire pour obtenir et enregistrer une empreinte génétique dans le fichier, ainsi que le traitement des données à caractère personnel qui en découlent, notamment la durée, l'utilisation, l'accès des tiers, les procédures destinées à préserver l'intégrité et la confidentialité des données et les procédures de destruction de celles-ci, de manière à ce que les justiciables disposent de garanties suffisantes contre les risques d'abus et d'arbitraire (§ 99, S. S. et Marper).
- 97 À partir de l'analyse des systèmes espagnol et français de collecte et traitement de données à caractère personnel, en ce qui concerne les échantillons biologiques, les analyses d'ADN et les empreintes génétiques, le bilan par rapport à la Conv. EDH penche quelques peu en faveur de la France. Les conclusions successives présentées tout au long de ce texte permettent de caractériser le système espagnol comme un système policier ou gouvernemental, sans intervention judiciaire claire et directe, soit pour le contrôle du propre système, soit pour sauvegarder les droits fondamentaux des personnes dont les profils génétiques font objet d'un enregistrement. Le système français, étant placé sous contrôle juridictionnel des magistrats et avec une réglementation plus précise et large, malgré les défauts soulignés, atteint un meilleur équilibre entre le but légitime poursuivi avec le FNAEG et la sauvegarde des droits fondamentaux des personnes concernées, au sein d'une société démocratique.

NOTES

1. « Le terme trace se réfère à ce qui subsiste de visible d'un événement passé et suggère qu'il serait possible de reconstituer le passage physique de quelqu'un », HUYGUE F. B., *ADN et enquêtes criminelles*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008, p. 53.

L'enquête de tout fait délictuel exige de la police judiciaire une tâche fondamentale : la recherche, la collecte et la préservation de toutes les traces ou indices provenant du délit.

2. On pourrait bien employer l'expression « sphère du crime », plutôt que l'expression « lieu du crime » pour y inclure toutes les possibilités de trouver les indices matériels, y compris les biologiques, liés à un délit.

3. En témoignage, l'information parue dans le journal *Le Monde* du 20 novembre 2013 : « Selon le procureur de la République de Nanterre, Robert Gelli : « L'ADN mis en évidence sur les douilles libérées à Libération et à la Société générale, ainsi que sur la portière passager du véhicule de l'otage, est le même. L'hypothèse d'un auteur unique est donc confirmée. En conséquence, j'ai décidé de me dessaisir des faits de la Défense et d'enlèvement au profit du procureur de Paris, saisi des faits les plus graves commis au

siège de Libération. » (http://www.lemonde.fr/societe/article/2013/11/20/l-adn-confirme-l-hypothese-d-une-tireur-unique-a-paris-et-a-la-defense_3516863_3224.html).

On peut remarquer que l'analyse de l'ADN des traces recueillies sur les différents lieux révèle qu'il s'agit d'un seul tireur, ce qui servira à orienter les enquêteurs. En plus, la connaissance de cette donnée détermine également, du point de vue purement procédural, que le procureur de la République de Nanterre perde la compétence pour mener l'enquête, qui incombe au procureur de la République de Paris, où s'est produit le fait le plus grave.

4. Le premier cas où l'identification par l'ADN a été utilisée en Espagne a eu lieu en 1991, pour un crime de viol. Son résultat permit d'innocenter le suspect, privé de liberté, qui avait été identifié par la victime. Vid. ALONSO ALONSO A., « Una década de perfiles de ADN en la investigación penal y civil en España: la necesidad de una regulación legal », *Estudios de Derecho Judicial*, n° 36, CGPJ, 2001., 2001, p. 72.

5. En France, le premier procès pénal résolu grâce à l'identification par l'ADN fut l'affaire Dickinson qui a eu lieu en 1996. Comme il était arrivé dans le cas espagnol, un premier suspect emprisonné fut innocenté par la preuve par l'ADN ; le véritable meurtrier serait, par hasard, arrêté cinq ans plus tard, aux États-Unis, puis extradé et jugé en France ; v. HEMON, Helene et TANNEAU Michel, *L'affaire Dickinson, une enquête hors du commun*, Éditions Apogée, 2005.

6. Non seulement pour trouver les coupables, mais aussi pour innocenter des personnes suspectées, comme il est arrivé précisément aux premiers cas résolus en Espagne et en France par le biais de l'ADN.

7. AMBROISE-CASTEROT C., « Les empreintes génétiques en procédure pénale », in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 22 et 23.

8. Le degré de conviction fourni par cette activité de comparaison dépendra du lien rationnel entre l'événement affirmé à partir de l'analyse ADN et l'hypothèse de fait de la norme pénale, compte tenue de la nature de la trace et des circonstances de leur découverte. Le résultat négatif de l'activité de comparaison, pourtant, n'exige pas de porter un « jugement sur la gradation » relatif à la conviction : il entraînerait directement l'acquittement, bien sûr, s'il n'y avait pas d'autres indices de culpabilité. V. SOTELO MUÑOZ H., *La identificación del imputado*, Tirant lo Blanch, 2009, p. 89.

9. En ce sens, DEMARCHI J.-M., *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, LDGJ, Lextenso éditions, 2012, p. 188 ; DE HOYOS SANCH, M., « Archivo y conservación en ficheros policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN », *Estudios de Derecho Judicial*, n° 155, CGPJ, 2009, p. 2.

10. V. VALICOURT DE SÉRANVILLERS H., « La preuve par l'ADN et l'erreur judiciaire ; L'Harmattan, 2009. L'auteur va jusqu'à qualifier la preuve par l'ADN d'« ordalie » de notre temps. Il s'agit d'un cas de condamnation, suivi quelques années plus tard d'un acquittement, tous les deux à partir d'analyses ADN, Ch Crim 15 mai 2013 - n° de pourvoi: 12-84818.

11. « Plus un fichier est vaste, plus la probabilité d'un *match* dans le jargon des spécialistes est forte, c'est-à-dire, d'un rapprochement entre trace inconnue et profil archivé », HUYGHE, F.B., *op. cit.* p 54.

12. Il s'agit du même mécanisme qui est utilisé depuis un siècle avec des fichiers ou des bases de données d'empreintes digitales, d'où l'utilisation du terme « empreinte génétique ». SOTELO MUÑOZ, H., *op. cit.*, p 89, insiste sur l'importance des bases de données pour la comparaison des traces et des empreintes, parce que grâce à elles l'enquête ne doit pas partir d'un suspect déterminé. En effet, on pourrait ajouter, c'est précisément le rapprochement entre les données obtenues des traces et les données stockées dans le fichier qui fournira le suspect.

13. BAETA, M. et MARTÍNEZ-JARRETA, B., « Situación actual de las bases de datos de ADN en el ámbito forense: Nuevos avances, nuevas necesidades », *Revista Derecho y Genoma Humano*, n° 31 julio-diciembre 2009, 161-183, p. 167 (<http://bioderecho.wordpress.com/numero-31/>).

14. Naturellement, le phénomène n'est pas nouveau, mais il a certainement augmenté en Europe avec la suppression des frontières et l'élargissement progressif de l'Union. La France et l'Espagne

font partie du groupe des sept États membres de l'Union qui ont signé le Traité de Prüm du 27 mai 2005, relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale. Les aspects essentiels de ce traité ont été incorporés dans la législation générale de l'Union par la Décision 2008/615/JAI du Conseil, du 23 juin 2008. V. DE HOYOS SÁNCHEZ M., art. préc., p. 4.

15. Désormais LO 10/2007.

16. Les fichiers existant à la date de promulgation de la LO 10/2007 étaient les suivants :

- À la Police nationale, le fichier « ADN Humanitas », pour l'identification des restes humains, et le fichier « ADN veritas » pour la comparaison des profils ADN obtenus des traces recueillies sur le lieu du crime, avec ceux provenant des scellés qui sont déterminés par l'autorité judiciaire. Les deux fichiers, placés sous la Direction générale de la Police, ont été créés par ordre ministériel du 21 septembre 2000, substitué par l'ordre ministériel du 20 juin 2002.

- Au sein de la Gendarmerie espagnole (*Guardia Civil*), selon le même schéma, il y avait un fichier destiné à la recherche criminelle, « ADNIC », réglementé par l'ordre du 7 mars 2000, et un autre pour l'identification des personnes disparues et des restes humains, « FENIX », réglé par l'ordre du 18 mars 1998. Le régime de ces fichiers a été modifié par l'ordre du 11 novembre 2004.

- En ce qui concerne les Communautés autonomes, tant le Pays Basque, Ordre du 2 septembre de 2003 (modifié par l'Ordre du 2 avril 2007), que la Catalogne, Ordre du 7 octobre 2007, ont des fichiers destinés à la recherche criminelle. L'assimilation de ces fichiers dans la Base de données nationale serait possible si leur but est semblable à celui qui est établi par la LO 10/2007, selon la disposition additionnelle première de cette loi. Voir ROMEO CASABONA C.M^a, et ROMEO MALANDA S., « Los identificadores del ADN en el sistema de justicia penal », *Aranzadi*, 2010, pp. 179-181; DOUTREMEPUIG C. (dir.), *Les fichiers des empreintes génétiques en pratique judiciaire*, Paris, La Documentation Française, Paris 2006, pp. 38-40.

17. Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, Reguladora del Tratamiento Automatizado de Datos, substituée par la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

18. Il s'agissait du nouveau libellé des articles 366 et 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr), introduit par la LO 15/2003, du 25 novembre.

19. Il est possible de distinguer un concept plus large pour l'expression « profil ADN ou profil génétique », comprenant toute l'information génétique de la personne concernée, et non seulement son empreinte génétique ; v. ÁLVAREZ GONZÁLEZ S., « Derechos fundamentales y protección de datos genéticos », Dykinson, 2007, p. 68 et p. 431.

20. ROMEO CASABONA C.M^a. et ROMEO MALANDA S. utilisent cette terminologie pour donner le titre au livre susnommé.

21. Définition tirée de la caractérisation exprimée par ALONSO ALONSO A., art. préc., p. 81.

22. Le troisième élément de comparaison était l'empreinte digitale dont l'étude a été exclue en raison du sujet de cet article. Il suffit de souligner que la Cour constate que les empreintes digitales ne contiennent pas autant d'informations que les échantillons cellulaires ou les profils ADN (§ 78). Malgré cela, elle affirme que l'enregistrement de ces données en vue d'une analyse ultérieure pour faciliter l'identification des personnes et le caractère systématique ou permanent de l'enregistrement était susceptible de faire entrer en jeu le droit au respect de la vie privée, même si les données concernées étaient dans le domaine public ou disponibles d'une autre manière (§ 84). Par conséquent, elle estime que l'approche adoptée par les organes de la Convention au sujet des photographies et échantillons de voix doit aussi être appliquée aux empreintes digitales.

23. Voir notamment l'article 6 de la Convention du Conseil de l'Europe de 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, qui fait entrer les données à caractère personnel révélant l'origine raciale, avec d'autres informations

sensibles sur l'individu, parmi les catégories particulières de données ne pouvant être conservées que moyennant des garanties appropriées.

24. En ce sens, l'arrêt nous rappelle que le Conseil de l'Europe a reconnu il y a plus de quinze ans que les techniques d'analyse de l'ADN présentaient des avantages pour le système de la justice pénale (Recommandation n° R (92) 1 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, §§ 43-44 ci-dessus).

25. Tel que fait noter le propre jugement, les autorités nationales bénéficient d'une certaine marge d'appréciation lorsqu'il s'agit de déterminer la nécessité de l'ingérence, compte tenu des facteurs concourants, comme la nature du droit en cause, la nature et finalité de l'ingérence et le niveau de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe (§ 102).

26. Article 706-55 CPP :

1° Les infractions de nature sexuelle visées à l'article 706-47 du présent code ainsi que le délit prévu par l'article 222-32 du code pénal;

2° Les crimes contre l'humanité et les crimes et délits d'atteintes volontaires à la vie de la personne, de torture et actes de barbarie, de violences volontaires, de menaces d'atteintes aux personnes, de trafic de stupéfiants, d'atteintes aux libertés de la personne, de traite des êtres humains, de proxénétisme, d'exploitation de la mendicité et de mise en péril des mineurs, prévus par les articles 221-1 à 221-5, 222-1 à 222-18, 222-34 à 222-40, 224-1 à 224-8, 225-4-1 à 225-4-4, 225-5 à 225-10, 225-12-1 à 225-12-3, 225-12-5 à 225-12-7 et 227-18 à 227-21 du code pénal;

3° Les crimes et délits de vols, d'extorsions, d'escroqueries, de destructions, de dégradations, de détériorations et de menaces d'atteintes aux biens prévus par les articles 311-1 à 311-13, 312-1 à 312-9, 313-2 et 322-1 à 322-14 du code pénal;

4° Les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation, les actes de terrorisme, la fausse monnaie, l'association de malfaiteurs et les crimes et délits de guerre prévus par les articles 410-1 à 413-12, 421-1 à 421-4, 442-1 à 442-5, 450-1 et 461-1 à 461-31 du code pénal;

5° Les délits prévus par les articles L. 2353-4 et L. 2339-1 à L. 2339-11 du code de la défense;

6° Les infractions de recel ou de blanchiment du produit de l'une des infractions mentionnées aux 1° à 5°, prévues par les articles 321-1 à 321-7 et 324-1 à 324-6 du code pénal.

27. Selon l'article 3 LO 10/2007, l'inscription concerne :

- Les délits graves.

- En tous les cas, les infractions concernant la vie, la liberté, l'intégrité ou la liberté sexuelle, l'intégrité des personnes, le patrimoine si elles ont été commises avec force sur les choses, ou violence ou contrainte sur les personnes, ainsi que dans les cas de délinquance organisée, étant entendu que l'on doit inclure, en tout cas, dans le terme délinquance organisée celle qui est prévue à l'article 282 bis, § 4, de la loi espagnole de procédure pénale par rapport aux délits énumérés.

28. En application des articles 706-120, 706-125, 706-129, 706-133 ou 706-134 CPP.

29. DEMARCHI J.R., *op. cit.*, p. 111, évoque à cet égard la Circulaire du Ministère de la Justice du 9 juillet 2008, qui restreint le concept d'« indices graves et concordants », puisqu'ils ne peuvent pas s'ensuivre de la seule incrimination par la victime ou par un témoin si elle n'est pas circonstanciée ou corroborée par d'autres éléments de la procédure. À notre avis, il faut remarquer la finalité de la Circulaire, relative au refus du prélèvement biologique. En conséquence, il serait difficile de déduire une vraie règle sur la preuve dans le procès pénal.

30. Terminologie employée par DEMARCHI J. R., *op. cit.*, p. 103 et p. 109.

Il faut remarquer que le mot « sospechoso » (suspect) n'a pas été évoqué dans le code espagnol de procédure pénale qu'après la modification de l'article 363 par la LO 15/2003, mais la définition du terme est absente.

31. Après la réforme introduite par la loi du 14 mars 2011 (conséquence de la décision du Conseil constitutionnel du 16 septembre 2010), le rapprochement n'est possible qu'à propos des infractions énumérées à l'article 706-55.

32. Mémoire d'activités CNUFADN 2012, à consulter sur le site internet : http://institutodetoxicologia.justicia.es/wps/portal/intcf_internet/portada/utilidades_portal/comision_ADN/
33. Bien sûr, le CPP français n'exige pas non plus le consentement des personnes simplement suspectées pour procéder au rapprochement de leurs empreintes génétiques avec les autres déjà stockées.
34. Il s'agirait ici des empreintes génétiques issues des échantillons biologiques d'un cadavre non identifié, il n'y a donc personne d'apte à prêter le consentement. Dans l'éventualité des personnes disparues, il faudra le consentement pour l'inscription du profil des parents, mais un doute subsiste sur le fait de savoir si le consentement des parents sera aussi nécessaire pour inscrire le profil génétique de la personne disparue, lorsqu'il a été possible de l'obtenir.
35. Article R53-10.I.5° CPP: « l'accord des personnes est recueilli par procès-verbal. Les personnes intéressées précisent également, par une mention expresse à ce même procès-verbal, qu'elles autorisent la comparaison entre leurs empreintes génétiques et l'ensemble des traces et empreintes enregistrées ou susceptibles d'être enregistrées dans le fichier jusqu'à la découverte de la personne disparue ou, à défaut, pendant une durée de vingt-cinq ans, à moins qu'il n'y ait dans ce délai un effacement par application du troisième alinéa de l'article R. 53-13-1. En l'absence d'une telle autorisation, ces empreintes ne peuvent être comparées qu'avec les empreintes des cadavres non identifiés »
36. En Espagne, la CNUFADN a précisé par accord de l'année 2011 l'information que la police doit fournir aux personnes qui font l'objet de poursuites, mais rien n'a été dit par rapport aux personnes qui doivent consentir l'inscription. : http://institutodetoxicologia.justicia.es/wps/portal/intcf_internet/portada/utilidades_portal/comision_ADN/
37. La condamnation n'emporte qu'un délai plus long de conservation du profil génétique une fois il a été enregistré au fichier.
38. C'est justement ce que prévoient l'article 55.1 CCP français et l'article 363 du CCP espagnol.
39. Décision du 16 septembre 2010.
40. Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.
41. BRANGER A. S., *Le fichier national automatisé d'empreintes génétiques*, Paris, Panthéon-Assas, 2003, dact., 173 f°, p. 27. TEYSSIE, B., *Droit Civil. Les Personnes*, Paris, Lexis Nexis 2012, 14 éd., pp. 39-41/
42. SOTELO MUÑOZ H., *op. cit.*, p. 104 ; l'auteur exclut absolument qu'une prise de salive implique une ingérence au droit à l'intégrité physique.
43. Romeo Casabona, C.M^e. et Romeo Malanda, S., *op. cit.*, pp. 53-58.
44. HUYGHE F.B., *op. cit.*, p. 73.
45. Art. 76-2 CPP pour l'enquête préliminaire.
46. DEMARCHI, J. R., *op. cit.*, p. 156, regrette que le législateur n'ait pas défini rigoureusement les notions de « prélèvement biologique » et « prélèvement externe ». Voir aussi AMBROISSE-CASTÉRO, C., *op. cit.*, p. 25.
47. La décision du Conseil constitutionnel n° 2003-467 du 13 de mars 2003 déclare par la suite « qu'enfin, le prélèvement étant effectué dans le cadre de l'enquête et en vue de la manifestation de la vérité, il n'impose à la « personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction » aucune rigueur qui ne serait pas nécessaire ». Le Considérant 56 ajoute « que les prélèvements externes ne portent pas atteinte à la présomption d'innocence ; qu'ils pourront, au contraire, établir l'innocence des personnes qui en sont l'objet ».
48. On parle en Espagne de « prise subreptice ou furtive des échantillons biologiques ». La jurisprudence espagnole a déjà admis ce système pour obtenir l'empreinte génétique. Premièrement, ce prélèvement fut accepté par la Sala Penal del Tribunal Supremo espagnol, après quelques jugements contradictoires (SSTS n° 501/ 2005, du 19 avril, et n° 1311/2005, du 14

octobre), par décision non juridictionnelle du 31-01-2006. Récemment, le Tribunal Constitucional espagnol a aussi statué la légalité constitutionnelle du prélèvement résiduel au sujet de la preuve par l'ADN et le fichage du profil génétique, v. STC n° 199/2013, du 5 décembre.

49. Arrêt du Tribunal Suprême espagnol n° 803/2003, du 04 juin 2003.

50. En raison de nombre de plaintes faites pour le requérant, Ch Crim 19 mars 2013, n° de pourvoi: 12-81533. Sur l'application de la peine ressortie de la condamnation par délit de refus de prélèvement, les Tribunaux ont statué que l'alinéa III de l'article 706-56 est contraire à la Conv. EDH, dès lors que le précepte établit le retrait automatique des réductions de peines (Ch Crim. 18 janvier 2012).

51. L'article 706-56 CPP ne s'occupe pas des prélèvements concernant les parents mentionnés au quatrième alinéa de l'article 706-54. Leur consentement étant nécessaire pour l'enregistrement de leurs empreintes génétiques, il s'ensuit que leur consentement est également nécessaire pour le prélèvement.

52. Il s'agit d'économiser du temps et des moyens personnels et matériels.

53. Nous avons déjà vu que le fichage des empreintes génétiques des ascendants, descendants et collatéraux des personnes dont l'identification est recherchée exige leur consentement éclairé, exprès et écrit. On peut bien en déduire que ce consentement comprend aussi l'accord au prélèvement nécessaire pour obtenir le profil génétique.

54. « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». Pourtant, on peut trouver une référence au prélèvement de force au cours de l'enquête dans l'arrêt de la Cour de Cassation, Ch Crim 5 janvier 2011, n° pourvoi 10-87325: «...d'autant qu'il convient de relever que dans un premier temps, ce dernier avait tenté d'empêcher une expertise comparative d'ADN, en refusant le prélèvement biologique sur sa personne, ne l'ayant finalement accepté que sur l'indication qu'il allait être opéré de force ».

55. À propos du refus de se soumettre au prélèvement prévu à l'article 55.1 CPP, la décision du Conseil constitutionnel n° 2003-467 du 13 mars établit (Considérant 57) « qu'en l'absence de voies d'exécution d'office du prélèvement et compte tenu de la gravité des faits susceptibles d'avoir été commis, le législateur n'a pas fixé un quantum disproportionné pour le refus de prélèvement; qu'il appartiendra toutefois à la juridiction répressive, lors du prononcé de la peine sanctionnant ce refus, de proportionner cette dernière à celle qui pourrait être infligée pour le crime ou le délit à l'occasion duquel le prélèvement a été demandé; que, sous cette réserve, l'article 30 n'est pas contraire à la Constitution ».

56. Voir, en ce sens, Ch Crim 19 mars 2013, n° de pourvoi : 12-81533.

57. Le fait, pour une personne faisant l'objet d'un prélèvement, de commettre ou de tenter de commettre des manœuvres destinées à substituer à son propre matériel biologique le matériel biologique d'une tierce personne, avec ou sans son accord, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

58. En témoigne la Circulaire de la Direction générale de la Police scientifique du 6 mai 2009.

59. La loi 10/2007 fait ici une rémission à l'article 363.2 du code espagnol de procédure pénale, qui permet au juge d'instruction, par ordonnance raisonnée et à condition qu'il y ait des raisons valables et accréditées, décider le prélèvement biologique du suspect s'avérant indispensable pour obtenir son profil ADN. Dans ce but, le juge peut décider la pratique des actes d'inspection, reconnaissance ou intervention corporelle revêtant un caractère proportionné et raisonnable.

60. SOTELO MUÑOZ H., *op. cit.*, pp. 124-125, il s'agit de soumettre la contrainte physique au respect du principe de proportionnalité, comme il peut arriver dans autres éventualités telles que le placement en garde à vue d'un individu faisant résistance.

61. V. FERNÁNDEZ ACEBO M. D., *La tutela de los derechos fundamentales a la intimidad e integridad física frente a la actuación de los poderes públicos sobre el cuerpo humano: una perspectiva constitucional*

sobre las intervenciones corporales y otras diligencias de investigación, UNIVERSIDAD DE LA CORUÑA, 2013 : http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/11704/2/Fernandez%20Acebo_Maria%20Dolores_TD_2013.pdf.

62. La seule possibilité de sanctionner une telle attitude est par la voie du délit commun de désobéissance à l'autorité et à ses fonctionnaires, prévu par l'article 556 CP espagnol. Voir Tribunal Constitucional, sec. 3^a, A 14-11-2006, n° 405/2006, rec. 7088/2004. En France, comme en Espagne, le fait de refuser le prélèvement peut être considéré un indice de culpabilité, mais il ne s'agit pas d'une sanction, mais d'une règle probatoire judiciaire. Voir S. Murray c. Royaume-Uni du 8 février 1996.

63. En Espagne, la police doit assurer l'assistance d'avocat à toute personne placée en garde à vue dont le consentement est exigé pour procéder au prélèvement biologique : Arrêt du Tribunal Supremo n° 685/2010, du 7 juillet.

64. À ce sujet, il semble insuffisante l'expression « sans l'accord de l'intéressé » employée par l'alinéa 5 de l'article 706-56 CPP.

65. Voir, à cet égard, S. Jalloh c. Allemagne 11 juillet 2006.

66. HUYGHE F.B., *op. cit.*, p 62

67. Voir HENNETTE-VAUCHE, St. et ROMAN D., *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 1^{re} édition, 2013 ; pp. 459-460.

68. L'analyse de ce marqueur deviendra nécessaire pour assigner le masculin ou le féminin aux empreintes génétiques provenant des traces.

69. DOUTREMEPUICH Ch. (dir.), *op. cit.*, pp 69-85.

70. Il s'agit du décret prévu par l'article 706-54 « un décret en Conseil d'État pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés détermine les modalités d'application du présent article. Ce décret précise notamment la durée de conservation des informations enregistrées ». Voir le rapport adopté à l'occasion par la CNIL, n° 99-052, du 28 octobre 1999.

71. À partir du décret du 27 mai 2004.

72. Celui-ci est assisté d'un comité composé de trois membres : un magistrat du parquet, un généticien et un informaticien. Voir article R 53-16 et suivants CPP.

73. DE HOYOS SÁNCHO M. de, *op. Cit.*, pp. 21-22; BAETA, M. et MARTÍNEZ-JARRETA B., *op. cit.*, p. 182.

74. À ce sujet, tous les pays de l'Union Européenne doivent suivre la Résolution du Conseil du 30 novembre 2009, relative à l'échange des résultats des analyses d'ADN, qui a son origine à la Décision-cadre 2008/977/JAI relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

75. Articles R53-10 et R53-11 CPP.

76. « Ordre INT/1202/2011, du 4 mai, pour réglementer les fichiers de données à caractère personnel du Ministère de l'Intérieur », BOE (journal officiel de l'État) du 13 mai 2011. Cet ordre découle directement des exigences de la loi organique de protection des données à caractère personnel 15/1999.

77. Du point de vue de la qualité de la norme régissant une ingérence au droit fondamental à la vie privée, un simple ordre ministériel s'avère nettement insuffisant pour définir la portée des données à caractère personnel inclus aux fichiers intégrés dans la Base de données policière d'identificateurs obtenus à partir de l'ADN, compte tenu de la quantité et la qualité de ces données.

78. Carte nationale d'identité.

79. Numéro d'identification fiscale.

80. Comme nous verrons par la suite, les droits d'effacement reconnus dans l'article 706-54 CPP permettent de modifier les délais généraux.

81. L'article 131 CP espagnol stipule des délais de prescription de 5, 10, 15 et 20 ans, en fonction de la gravité des peines attribuées à chaque délit.

82. On a donc fait la sourde oreille à la décision du Conseil constitutionnel du 16 septembre 2010 qui avait exigé que la durée de conservation des empreintes au fichier doit être proportionnée à la nature ou à la gravité des infractions.

83. DEMARCHI J. R., *op. cit.*, pp. 308-314; ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER S. « El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores (Parte II) », *Revista Derecho y Genoma Humano*, n° 35 agosto-diciembre 2011, pp. 41-65.

84. Loi organique développée par décret royal 1720/2007 du 21 décembre 2007.

85. Il est facile de découvrir la correspondance avec les fichiers existant avant la LO 10/2007 (Voir note 4 *supra*).

ABSTRACTS

This article provides a comparative analysis of the legal system that exists in France and Spain to regulate the storage and treatment of genetic fingerprints, for the identification of the person in police investigations and criminal proceedings. At the same time will prove the measure in which each one of this legal system it conforms to the European convention on the protection of human rights and fundamental freedoms. The study will permit to show the internal regulation of each individual country leads to confrontations on the approximation of the European Court of human rights, which guarantees respect of private and family life, in conformity with the parameters set out in the sentence S. and Marper against United Kingdom, dedicated particularly to this matter. Such confrontations are reflected in various aspects we will highlight:

- The excess objective and subjective scope of application of the files.
- The problems arising from the biological sampling.
- The risks to privacy derived from DNA analysis and from storage of biological samples.
- The treatment of the personal data linked to the genetic fingerprints.

Based on this, we can conclude that the French system, placed under judicial control, achieves a high degree of compliance with the European convention than the Spanish system, totally dependent on the police and governmental authorities.

Ce texte vise à faire une analyse comparative des systèmes juridiques existants en France et en Espagne pour réglementer les fichiers d'empreintes génétiques, destinées à l'identification des personnes dans les recherches policières et procédures pénales. En même temps, il met en exergue la façon dont chaque système juridique se conforme à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Les analyses suivantes démontreront que la réglementation interne de chaque pays appelle de nombreuses confrontations avec l'approche par la Cour européenne des droits de l'homme de droit à la vie privée et familiale, selon les standards énoncés à l'arrêt S. et Marper *versus* le Royaume Uni, du 4 décembre 2008, particulièrement dédié à ce sujet. Ces confrontations concernent plusieurs aspects qui mettent en évidence un intérêt particulier: l'étendue excessive du domaine objectif et subjectif des fichiers; la problématique soulevée autour des prélèvements biologiques; les risques pour le droit à la vie privée résultants des analyses d'ADN et de la conservation des échantillons biologiques; et, enfin, le traitement des données à caractère personnel associées à l'empreinte génétique. Nous pouvons conclure que le système français, placé sous contrôle direct de la magistrature, atteint un plus haut degré de conformité avec la Convention européenne que le système espagnol, entièrement soumis aux autorités policières et gouvernementales.

Se realiza en este artículo un análisis comparativo de los sistemas jurídicos que existen en Francia y en España para regular los ficheros de perfiles de ADN, destinados a la identificación de personas en las investigaciones policiales y procedimientos penales. Al mismo tiempo, se pondrá de relieve la medida en que cada uno de esos sistemas jurídicos se ajusta a la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales. Las reflexiones que siguen permitirán demostrar que la regulación interna de cada uno de los países da lugar a diversas confrontaciones con la aproximación del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre al derecho a la vida privada y familiar, según los parámetros marcados en la Sentencia S. y Marper contra Reino Unido, particularmente dedicada a esta materia. Tales confrontaciones se reflejan en varios aspectos que interesará resaltar especialmente: el excesivo ámbito de aplicación objetivo y subjetivo de los ficheros; los problemas derivados de la toma de muestras biológicas; los riesgos para el derecho a la intimidad derivados de los análisis de ADN y de la conservación de muestras biológicas; y, finalmente, el tratamiento de los datos de carácter personal ligados a la huella genética. Con todo ello podremos concluir que el sistema francés, situado bajo el control directo del poder judicial, alcanza un mayor grado de adecuación a la Convención que el sistema español, totalmente dependiente de las autoridades policiales y gubernativas.

INDEX

Mots-clés: Fichiers d'empreintes génétiques - Systèmes français et espagnol - Analyse comparative - Droits fondamentaux à la vie privée et à la protection de données à caractère personnel - Convention européenne des Droits de l'Homme

Keywords: Storage and treatment of genetic fingerprints - French and Spanish legal system - Comparative law - Fundamental rights of privacy and of protection of personal data - European Convention of Human rights

Palabras claves: Bases de datos de perfiles de ADN - Sistemas francés y español - Aproximación comparativa - Derecho fundamental a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal - Convención Europea de Derechos del Hombre